

van op ieder moment kan bevrijden door het verschuldigde bedrag te betalen, dat de detentie maximaal drie jaar mag duren en dat de duur afhangt van eventueel verrichte gedeeltelijke betalingen. Lijfswang kan in dit verband dan ook niet worden gezien als een aanvullende sanctie, maar beoogt de verwezenlijking van de tenuitvoerlegging van de confiscatiebeslissing. Daaraan doet niet af dat de Nederlandse Hoge Raad de lijfswang heeft aangemerkt als een 'penalty' in de zin van art. 7 EVRM. Een dergelijke kwalificatie heeft geen invloed op de in het kaderbesluit vastgelegde mogelijkheid voor de bevoegde autoriteit om te beslissen over de procedures betreffende de tenuitvoerlegging van de beslissing tot confiscatie en om alle maatregelen te nemen die zij het meest geschikt acht om die uitvoering tot een goed einde te brengen, ter verwezenlijking van de doelstelling van het kaderbesluit, onder eerbiediging van de grondrechten van de betrokkene. Voor de toepassing van lijfswang in de tenuitvoerleggingsstaat maakt het bovendien geen verschil of de wettelijke regeling van de beslissingsstaat de eventuele toepassing van een dergelijke maatregel eveneens toestaat.

ET

De volledige uitspraak is te raadplegen op [opmaat.sdu.nl](http://opmaat.sdu.nl).

## 66

### C-193/17, Cresco Investigation

Hof van Justitie EU

22 januari 2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43  
(Lenaerts (President), Silva de Lapuerta (Vice-president), Bonichot, Arabadjiev, Prechal, Toader, Lycourgos (Rapporteur), Rosas, Ilesic, Safjan, Šváby, Vajda, Rodin)  
Noot prof. mr. J.H. Gerards, prof. mr. C. Mak

**Grote Kamer. Non-discriminatie. Godsdienstvrijheid. Horizontale werking. Verplichtingen van particuliere werkgevers. Vrije dag op Goede Vrijdag.**

[Handvest Grondrechten EU art. 21; Richtlijn 2000/78/EG art. 2 lid 2 sub a en lid 5, 7 lid 1]

*Volgens de Oostenrijkse 'Arbeitsruhegesetz' (ARG) is Goede Vrijdag een betaalde feestdag voor leden van de evangelische kerken, de Oud-Katholieke Kerk en de Evangelisch-Methodische Kerk. Als een lid van een van deze kerken toch werkt op deze dag, heeft hij recht op een toeslag. Achatzi is werkzaam bij detectivebureau Cresco Investigation en is geen lid van een van deze kerken. Hij moet daarom wel op Goede Vrijdag werken en hij is van mening dat hem hierdoor ten onrechte en op discriminerende wijze een toeslag is ontzegd. In de nationale procedure hierover heeft de hoogste Oostenrijkse rechter, het Oberste Gerichtshof, prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ die erop neerkomen dat deze rechter wil weten of de in de ARG neergelegde regeling een directe discriminatie naar godsdienst oplevert en, zo ja, of die gerechtvaardigd kan worden geacht.*

*Het HvJ stelt voorop dat, nu de regeling uit de ARG uitsluitend van toepassing is op leden van bepaalde kerken, deze inderdaad een onderscheid omvat dat rechtstreeks is gebaseerd op de godsdienst van de werknemers. Vervolgens moet worden onderzocht of het daarbij gaat om een ongelijke behandeling van werknemers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Om dit te kunnen beoordelen moet worden gekeken naar alle kenmerken van de situaties en in het bijzonder naar*

het voorwerp en doel van de nationale regeling. De rechtvaardiging van de regeling is volgens het aan het Hof voorgelegde dossier gelegen in het belang van Goede Vrijdag voor de genoemde religieuze gemeenschappen. Aan de toekenning van die vrije dag is echter niet de voorwaarde verbonden dat een werknemer aan een bepaalde religieuze verplichting voldoet op die dag, maar alleen dat hij formeel lid is van een van deze kerken. De werknemer behoudt dan ook de vrijheid om de dag naar goeddunken te benutten en kan de tijd bijvoorbeeld ook gebruiken voor rust of ontspanning. De situatie van een dergelijke werknemer verschilt vanuit dat oogpunt niet van die van andere werknemers die over een periode van rust en ontspanning willen beschikken op Goede Vrijdag, maar die dan geen vrije dag hebben. De situaties van de verschillende werknemers zijn dan ook vergelijkbaar. Dit betekent dat er sprake is van directe discriminatie in de zin van art. 2 lid 2 sub a van Richtlijn 2000/78/EG. De vraag is vervolgens of deze directe discriminatie kan worden gerechtvaardigd op grond van art. 2 lid 5 van Richtlijn 2000/78/EG. Gelet op het doel van de gelijkbehandelingsrichtlijn moet deze uitzonderingsbepaling strikt worden uitgelegd. Het Hof merkt in dit verband op dat het doel van de ARG-regeling is, om rekening te houden met het bijzondere belang dat de religieuze vieringen hebben voor de leden van deze kerken, hetgeen een doel is dat aansluit bij de doelstellingen die in art. 2 lid 5 zijn genoemd. Wel moet dan nog de noodzakelijkheid worden beoordeeld van deze specifieke ARG-regeling. In dit verband merkt het Hof op dat voor anderen dan de bij de genoemde kerken aangesloten werknemers die Goede Vrijdag willen vieren, daartoe mogelijkheden moeten worden gecreëerd via de zorgplicht van werkgevers jegens hun werknemers. Gelet op die ruimte kan de ARG-regeling niet worden beschouwd als noodzakelijk voor de bescherming van de vrijheid van godsdienst in de zin van art. 2 lid 5 van de richtlijn. Vervolgens onderzoekt het Hof of er nog wel een rechtvaardiging mogelijk is onder art. 7 lid 1 van Richtlijn 2000/78/EG, die betrekking heeft op het opheffen van maatschappelijk bestaande, feitelijke ongelijkheden. In het onderhavige geval kan de ARG volgens het HvJ echter niet worden aangemerkt als een nationale wettelijke regeling die specifieke maatregelen bevat waarmee een compensatie wordt geboden voor een 'benadeling' in de vorm van feitelijk bestaande ongelijk-

heden. Voor zover er al sprake is van een dergelijke benadeling, geldt dat de ARG-regeling verder gaat dan noodzakelijk om daarvoor compensatie te bieden.

In het verlengde hiervan heeft de nationale rechter tot slot de vraag voorgelegd of een particuliere wetgever kan worden verplicht om aan al zijn werknemers een recht op een vrije dag toe te kennen. Hierover merkt het HvJ op dat Richtlijn 2000/78/EG als zodanig geen horizontale werking heeft, maar dat het verbod van discriminatie van art. 21 Hv wel een dwingend karakter heeft. Dit verbod kan dan ook rechtstreeks worden ingeroepen in een particuliere rechtsverhouding. Als de nationale bepalingen niet conform de richtlijn kunnen worden uitgelegd, hetgeen een eerste manier zou zijn om het geschil op te lossen, moet de nationale rechter dan ook alsnog de uit art. 21 Hv voortvloeiende rechtsbescherming bieden en de volle werking van dat artikel waarborgen. Tot slot merkt het Hof op dat volgens zijn vaste rechtspraak de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel alleen kan worden verzekerd als aan de leden van de benadeelde groep de voordelen worden toegekend die de bevoordeelde groep al kennen. Zolang de wetgever niet anders heeft beslist, moet de nationale rechter dus ook aan werknemers die geen lid zijn van de genoemde kerken een vrije dag toekennen, zij het dat die werknemers tijdig kenbaar moeten maken dat zij daarvan gebruik willen maken. Ook hebben deze werknemers, als geen gebruik van een vrije dag kan worden gemaakt, een recht op compensatie in de vorm van een toeslag.

Cresco Investigation GmbH  
tegen  
Markus Achatzi

De volledige uitspraak is te raadplegen op [opmaat.sdu.nl](http://opmaat.sdu.nl).

## NOOT

1. Recent oordeelde het HvJ in een reeks belangrijke uitspraken dat aan de Handvestbepalingen een zekere directe horizontale werking kan toekomen, in die zin dat zij direct inroepbaar zijn in verhoudingen tussen particulieren (zie vooral *Bauer*, HvJ 6 november 2018, gev. zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871, «EHRC» 2019/19

m.nt. Mak en *Max-Planck*, HvJ 6 november 2018, zaak C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, «EHRC» 2019/21 m.nt. Mak bij «EHRC» 2019/19). Het lijkt erop dat het Hof in de slipstream van die uitspraken nu een aantal andere zaken beslist die eveneens verband houden met het vraagstuk van horizontale werking. In het bijzonder lijkt het HvJ in *Cresco Investigations* te willen verduidelijken hoe de doorwerking van gelijkebehandelingsrichtlijnen in het privaatrecht vorm moet krijgen en welke consequenties daaraan zijn verbonden voor werkgevers. In deze annotatie wordt daaraan dan ook nader aandacht besteed (randnrs. 10-17). Een tweede punt dat centraal staat in deze zaak is de vaststelling van een direct op godsdienst gebaseerde discriminatie. Daarop zal hierna als eerste worden ingegaan (randnrs. 2-9).

2. Prejudiciële vragen over kraakheldere gevallen van directe discriminatie worden maar zelden gesteld. Veruit de meeste wetgevers, dienstverleners en werkgevers zijn zich ervan bewust dat de gelijkebehandelingsrichtlijnen in de weg staan aan het rechtstreeks benadelen of bevoordelen van mensen op grond van hun etnische afkomst, godsdienst, geslacht, seksuele gerichtheid, nationaliteit of handicap. De gevallen van directe discriminatie die het HvJ bereiken zijn dan ook meestal complex. Vaak gaat het om gevallen waarbij niet evident is dat een 'verdachte' grond als religie direct doorslaggevend was, zoals in de zaken *Achbita* t. *G4S* en *Bouagnaoui* (resp. HvJ 14 maart 2017, zaak C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, «EHRC» 2017/96 m.nt. Gerards, «JAR» 2017/96 m.nt. Cremers-Hartman, *AB* 2017/162 m.nt. Loenen, *TRA* 2017/66 m.nt. Gundt en HvJ 14 maart 2017, zaak C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204, «EHRC» 2017/97 m.nt. Gerards onder «EHRC» 2017/96, «JAR» 2017/97 m.nt. Cremers-Hartman, «JIN» 2017/128 m.nt. Schoevaars en Van Ommeren, *AB* 2017/163 m.nt. Loenen). In die zaken had een werkgever aan werknemers een verbod op het dragen van een hoofddoek opgelegd, waarbij dit verbod in *Achbita* nog net iets subtieler was geformuleerd dan dat in *Bouagnaoui*. In *Achbita* verbood werkgever G4S namelijk het dragen van alle 'zichtbare tekens van hun politieke, filosofische of religieuze overtuigingen en/of elk ritueel dat daaruit voortkomt' (*Achbita*, reeds aangehaald, punt 15). Hoewel vrij duidelijk leek dat deze regeling direct religieuze uitingen verbood, en daarmee direct onderscheid maakte op grond van godsdienst, concludeerde het HvJ in *Achbita*

dat zo'n direct onderscheid hier niet kon worden vastgesteld. Volgens het Hof legde de regeling namelijk in feite een algemene en niet gedifferentieerde verplichting tot neutraliteit op, die alleen indirect gevolgen zou hebben voor mensen met een bepaalde religie (*Achbita*, punt 30). In *Bouagnaoui* achtte het Hof een directe discriminatie wel vaststelbaar, omdat daar was aangetoond dat de werknemster was ontslagen omdat een klant van het bedrijf waarvoor zij werkte bezwaar had tegen haar hoofddoek. In geen van beide zaken ging het dus om een ostentatieve en evidente, directe achterstelling van mensen op grond van hun religie. In plaats daarvan was sprake van meer subtiele onderscheidingen, die het Hof met grote mate van nuance benadert.

3. De Oostenrijkse 'Arbeitsruhegesetz' (ARG) heeft in dit verband een zekere charme van eerlijkheid, nu in die regeling onomwonden en duidelijk onderscheid wordt gemaakt op grond van godsdienst. Alleen leden van drie specifiek benoemde kerkgenootschappen komen immers in aanmerking voor een vrije dag op Goede Vrijdag, en als zij van die vrije dag geen gebruik kunnen maken, krijgen ze een extra vergoeding. Werknemers die geen lid zijn van zo'n kerkgenootschap, kunnen zo'n vrije dag niet claimen, en zij krijgen ook geen toeslag als zij op deze religieuze feestdag moeten werken. Voor deze werknemers geldt alleen de gebruikelijke open regeling van goed werkgeverschap (zie punt 60). Werkgevers hebben op die grond een zorgplicht om een vrije dag te honoreren als een werknemer zegt die nodig te hebben om religieuze verplichtingen na te kunnen komen.

Uit de conclusie van AG Bobek bij deze zaak blijkt dat Oostenrijk veel moeite heeft gedaan om te laten zien dat dit geen direct onderscheid oplevert naar godsdienst (conclusie van 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:614). Het is echter evident dat hier een één-op-één-relatie bestaat tussen het bestaan van een specifieke regeling voor leden van bepaalde kerkgenootschappen en de religie van de leden van die kerkgenootschappen.

4. Voor de vaststelling van directe discriminatie op grond van godsdienst heeft het Hof echter nog niet voldoende aan de constatering dat er een speciale regeling bestaat voor werknemers die lid zijn van een bepaald kerkgenootschap. In aanvulling daarop gaat het uitgebreid na of andere werknemers, die geen lid zijn van zo'n kerkgenootschap, zich overigens in een vergelijkbare

positie bevinden als de werknemers die wel deel uitmaken van een van de in de ARG genoemde kerkgenootschappen. Dat onderzoek is begrijpelijk in het licht van de definitie die de richtlijn geeft aan de notie van directe discriminatie, namelijk 'dat iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld' (zie art. 2 lid 2 sub a van Richtlijn 2000/78/EG). Zo'n vergelijkbaarheidsbeoordeling is altijd weer ingewikkeld, en dat blijkt ook nu weer: het HvJ heeft maar liefst elf uitgebreide overwegingen nodig om tot een conclusie hierover te kunnen komen. Daarbij stelt het Hof de vraag met welke groep werknemers de bevoordeelde werknemers dan precies moeten worden vergeleken (een punt waarop AG Bobek in zijn conclusie veel verder is ingegaan), wat de relevante vergelijkingsmaatstaf is, en of in het licht van die maatstaf inderdaad kan worden aangenomen dat de verschillende groepen werknemers zich in een vergelijkbare positie bevonden.

5. Hoewel deze benadering goed past in de richtlijndefinitie en ook aansluit bij het leeuwendeel van de rechtspraak van het HvJ, lijkt die in een geval als dit onnodig omslachtig. Het grote onderdeel van de notie van directe discriminatie is dat, om zo'n discriminatie te kunnen vaststellen, bewijstechnisch kan worden volstaan met het aantonen van een behandeling of beslissing die in doorslaggevende mate is gebaseerd op een bepaalde, verdachte grond. De reden waarom discriminatie is verboden, is namelijk primair gelegen in het gebruik van een *a priori* onaanvaardbaar *motief*, dat wil zeggen een 'grond', als basis voor een bepaalde behandeling (zie ook de annotatie van Gerards in «EHRC» 2017/96, randnr. 7-9, met nadere bronvermeldingen). Als bijvoorbeeld blijkt dat een werknemer is ontslagen wegens zwangerschap, of een sollicitant is afgewezen vanwege diens huidskleur, is het handelen van de werkgever onrechtmatig omdat zwangerschap of huidskleur niet worden gezien als aanvaardbare gronden voor besluitvorming. Om tot die slotsom te kunnen komen is het niet nodig om te bekijken of andere werknemers of sollicitanten (al dan niet hypothetisch) op een andere manier zijn behandeld, en of zij zich daarbij in een overigens vergelijkbare situatie bevonden. Natuurlijk kan zo'n vergelijkbaarheidsbenadering ook in deze gevallen soms *nuttig* zijn. Het feit dat niet-zwangere werkne-

mers in dezelfde positie niet zijn ontslagen, of het feit dat mensen met een andere huidskleur met een vergelijkbaar cv wel zijn aangenomen voor een bepaalde functie, kan immers helpen om te bewijzen dat een negatieve beslissing op de ontoelaatbare grond was gebaseerd. Dat is echter nog iets anders dan te stellen dat zo'n vergelijkbaarheidsbeoordeling steeds *noodzakelijk* is. Voor het bewijs van directe discriminatie zou het bijvoorbeeld ook voldoende kunnen zijn, als uit opnamen van gesprekken of uit e-mailcorrespondentie blijkt dat de gronden van zwangerschap of huidskleur doorslaggevend zijn geweest. Een vergelijkbaarheidsbeoordeling is in die gevallen niet meer nodig en levert ook niet veel op.

6. Het valt op dat het Hof zo'n vergelijkbaarheidsbeoordeling bij directe discriminatie ook zelf niet altijd uitvoert. In *Feryn* waren vragen gesteld over een werkgever die openlijk had gezegd dat hij geen allochtonen in dienst wilde nemen omdat zijn klanten daar bezwaar tegen hadden (HvJ 10 juli 2008, zaak C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397, «EHRC» 2008/107 m.nt. Gijzen, punt 16). De hierop toepasselijke Richtlijn 2000/43/EG bevat in art. 2 lid 2 sub a precies dezelfde definitie van de notie van directe discriminatie als Richtlijn 2000/78/EG: '[Er is] "directe discriminatie", wanneer iemand op grond van ras of etnische afstamming ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld'. De benadering in *Cresco Investigati-on* zou doen vermoeden dat het Hof ook hier aandacht zou besteden aan de vraag of potentiële sollicitanten met een andere etnische komaf zich in een vergelijkbare positie bevonden als potentiële sollicitanten van Belgische etnische afkomst, terwijl zij anders zouden worden behandeld. Het Hof ging echter op geen enkel moment in op die vergelijkbaarheidsvraag. Het volstond ermee vast te stellen dat 'de omstandigheid dat een werkgever publiekelijk verklaart dat hij geen werknemers van een bepaalde etnische afstamming of van een bepaald ras zal aanwerven, directe discriminatie bij aanwerving in de zin van artikel 2, lid 2, sub a, van richtlijn 2000/43 vormt, aangezien dergelijke verklaringen voor bepaalde kandidaten een ernstige reden kunnen zijn om niet te solliciteren en dus een beletsel vormen voor hun toegang tot de arbeidsmarkt' (*Feryn*, punt 28). Het feit dat de werkgever openlijk had gezegd dat hij van plan was te discrimineren op

grond van afkomst, was dus voldoende om een directe discriminatie aan te kunnen nemen (vgl. op dit punt ook de conclusie van AG Bobek bij *Cresco Investigations*, punt 61-62).

7. De ARG is in feite het wettelijke equivalent van een werkgever die er openhartig voor uitkomt dat werknemers met een bepaald persoonskenmerk niet in aanmerking komen voor een functie. Volgens de ARG is immers het behoren tot een specifieke religieuze organisatie bepalend om in aanmerking te kunnen komen voor een extra vrije dag op Goede Vrijdag. Gelet op die duidelijkheid is er, net zomin als in *Feryn*, aanleiding om te onderzoeken of andere werknemers zich in een vergelijkbare positie bevinden als de werknemers die lid zijn van zo'n kerkgenootschap. Dit toch te doen levert bovendien niet alleen een omslachtige en overbodige extra redenering op. Een dergelijke vergelijkbaarheidsbeoordeling kan namelijk, zoals uit de uitspraak van het Hof blijkt, ook al snel neerkomen op de beoordeling van de vraag of het gemaakte onderscheid *gerechtvaardigd* is. Punt 45 van de uitspraak in *Cresco Investigation* laat dat heel expliciet zien, nu het Hof daar – in het kader van de vergelijkbaarheidsbeoordeling – uitlegt dat de ARG-regeling voor de vrije dag op Goede Vrijdag voor leden van specifieke kerkgenootschappen 'wordt gerechtvaardigd door het belang dat deze dag heeft voor de religieuze gemeenschappen'. De vraag of er eigenlijk wel directe discriminatie is en de vraag of er goede redenen zijn om zo'n discriminatie te kunnen handhaven, worden op die manier met elkaar verweven. Dat is in die zin problematisch dat normaal gesproken geldt dat directe discriminatie *a priori* niet aanvaardbaar is, juist vanwege de verdachtigheid van het gehanteerde onderscheidingscriterium, tenzij een nauw omschreven uitzonderingsgrond van toepassing is. Juist om die reden moet de rechtvaardigingsbeoordeling expliciet en afzonderlijk worden uitgevoerd zodra vast is komen te staan dat een ongelijke behandeling rechtstreeks op zo'n verdachte grond is gebaseerd. Als dan een (open) rechtvaardigingsoordeel wordt ingepast in de vergelijkbaarheidstoets, en het daar kan leiden tot de conclusie dat in feite geen sprake was van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen, wordt deze systematiek in feite ondermijnd. Bepleitbaar is dan ook dat het Hof in dit soort gevallen, waarin een verdachte grond evident doorslaggevend was voor een bepaalde behandeling, blijft vast-

houden aan de in *Feryn* gekozen benadering en de vergelijkbaarheidstoets achterwege laat.

8. De benadering van het Hof leidt in dit geval ook tot een doublure in de toetsing, want nadat het Hof al iets heeft gezegd over de rechtvaardiging in het kader van de vergelijkbaarheidstoets, gaat het vervolgens ook nog in op de uitzonderingsmogelijkheden die de richtlijn biedt. Als gezegd is daarbij van belang dat de richtlijn zich kenmerkt door een gesloten systeem van uitzonderingsmogelijkheden, waar het Hof doorgaans strikt aan toetst vanwege het belang van het discriminatieverbod. Een wat vreemde eend in de bijt van deze uitzonderingsbepalingen is art. 2 lid 5 van Richtlijn 2000/78/EG, waarover de nationale rechter in deze zaak vragen heeft gesteld. Deze bepaling is pas op het laatste moment toegevoegd aan de richtlijn, en over de functie en betekenis van deze uitzonderingsclausule bestaat niet veel duidelijkheid (vgl. E. Ellis & Ph. Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford: OUP 2013, p. 402). Het lijkt erop dat deze bepaling vooral in de richtlijn is ingevoegd om misbruik van het discriminatieverbod te voorkomen, en om de lidstaten in staat te stellen om hun verplichtingen onder (bijvoorbeeld) het EVRM of het EU-Handvest voor de Grondrechten op een goede manier na te leven in het geval van botsingen tussen het discriminatieverbod en andere grondrechten (vgl. Ellis & Watson 2013, reeds aangehaald, p. 403; M. Bell, 'Direct discrimination', in: D. Schiek e.a. (red.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford: Hart 2007 p. 289-292). Ook biedt de bepaling ruimte voor specifieke wettelijke uitzonderingen die zwaarwegende maatschappelijke doelstellingen dienen, zoals de bescherming van de volksgezondheid of de openbare veiligheid (zie bijv. *Petersen*, HvJ EU 12 januari 2010, zaak C-341/08, «EHRC» 2010/41 m.nt. De Witte-Van den Haak bij «EHRC» 2010/40, punt 60; *Prigge*, HvJ 13 september 2011, zaak C-447/09, EU:C:2011:573, «EHRC» 2012/1 m.nt. Heemskerk). Een klassiek voorbeeld van een kwestie waarin zich dat voordoet is dat waarin mannen die seksuele relaties hebben gehad met andere mannen wettelijk worden uitgesloten van het doneren van bloed. Een dergelijke wettelijke regeling kan volgens het Hof aanvaardbaar zijn als in deze groep een verhoogde prevalentie bestaat op HIV-besmetting, zolang het risico op overdracht van deze besmetting niet afdoende kan worden

bestreden door andere maatregelen dan uitsluiting van de gehele groep (*Léger*, HvJ 29 april 2015, zaak C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288, «EHRC» 2015/145 m.nt. Hendriks, *NJ* 2016/105 m.nt. Lege-maate; overigens werd die zaak niet onder een van de gelijkebehandelingsrichtlijnen beslecht, maar op basis van het algemene art. 21 Hv). Hoe belangrijk het discriminatieverbod ook is, in een dergelijk geval kan een staat legitiem beslissen dat het belang bij bescherming van de volksgezondheid zwaarder weegt. Art. 2 lid 5 kan daarmee een kleine opening vormen in het verder strikt gesloten systeem van uitzonderingsgronden van de richtlijnen, die als correctiemogelijkheid kan worden ingezet ingeval zich grote maatschappelijke dilemma's of botsende grondrechtelijke verplichtingen voordoen (zie daarover ook J.H. Gerards, 'Nieuwe ronde, nieuwe kansen: naar een "semi-open" systeem van gelijkebehandelingswetgeving?', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten / NJCM-Bulletin* 2011, afl. 36-2, p. 144-158).

9. Zoals het Hof steeds heeft benadrukt (zie *Petersen* en *Prigge*, reeds aangehaald, en ook *Cresco Investigation*, in punt 55), kan deze vrij brede uitzonderingsgrond van art. 2 lid 5 dan ook alleen in uitzonderlijke gevallen worden toegepast. Het uitgangspunt van het gesloten systeem van uitzonderingsgronden en het belang van het bestrijden van directe discriminatie op *a priori* onaanvaardbare gronden moet immers voorop blijven staan. Het is dan opvallend dat het Hof nu toch een vrij ruime betekenis aan deze bepaling geeft. Het zegt in punten 56 en 57 in wezen dat in dit geval de uitzonderingsbepaling van toepassing is, nu de ARG tot doel heeft om het naleven van de religieuze verplichtingen van werknemers te faciliteren, en daarmee ruimte biedt aan de vrijheid van godsdienst. Kennelijk is dat voldoende om, in beginsel, het gesloten systeem van uitzonderingsgronden te doorbreken. Waarom hier daadwerkelijk sprake is van een botsing van het discriminatieverbod met zwaarwegende (internationaalrechtelijke) verplichtingen voor de staat om grondrechten te beschermen, blijkt echter nergens. Het uitzonderlijke karakter van art. 2 lid 5 wordt dan alleen nog in leven gehouden doordat het Hof een strikte noodzakelijkheidstoets toepast, waarbij het constateert dat het in dit geval helemaal niet nodig was geweest om een direct discriminerende regel in te stellen. Die beoordeling lijkt echter nog steeds erg op die bij

indirecte discriminatie op verdachte gronden, waar het Hof standaard een vergelijkbare benadering hanteert. Het unieke en bijzondere verschil in rechtvaardigingsmogelijkheden tussen directe en indirecte discriminatie lijkt hiermee voor wettelijke classificaties vrijwel tot nul te zijn gereduceerd.

10. Voor Oostenrijk is de consequentie van de uitspraak van het Hof niettemin vrij groot. Tot de wetgeving is gewijzigd en de regeling eruit is gehaald, ziet het Hof namelijk geen andere oplossing om de discriminatie ongedaan te maken dan door de gunstige ARG-regeling voor de vrije dag op Goede Vrijdag (of de extra vergoeding bij vervanging daarvan) op *alle* werknemers toe te passen. Werkgevers kunnen daar een flinke kluit aan krijgen.

11. De redenering van het Hof is op dit punt opgebouwd uit vier stappen. In de eerste plaats stelt het Hof vast dat een direct beroep op Richtlijn 2000/78/EG door een werknemer ten opzichte van de werkgever is uitgesloten, nu richtlijnen geen directe horizontale werking hebben. Als een richtlijn bepaling wel rechtstreeks zou kunnen worden ingeroepen in een horizontale rechtsverhouding, zou daarmee een bevoegdheid van de EU ontstaan om verplichtingen aan particulieren op te leggen zonder tussenkomst van de lidstaten, en dit is in beginsel alleen mogelijk via het instrument van de verordening (punt 72, onder verwijzing naar *Bauer*). In de tweede plaats merkt het Hof op dat richtlijnconforme uitleg van de Oostenrijkse ARG in dit geval niet mogelijk is (punt 74-75). In een derde stap valt het Hof vervolgens terug op het in art. 21 lid 1 Hv gecodificeerde beginsel van non-discriminatie op basis van godsdienst of overtuiging, dat is erkend als een algemeen beginsel van EU-recht (punt 75, onder verwijzing naar *Egenberger*, HvJ EU 17 april 2018, zaak C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, «EHRC» 2018/127 m.nt. Gerards, *RvdW* 2018, 883). De nationale rechter is verplicht de rechtsbescherming van werknemers onder dit artikel te verzekeren en het artikel volle werking te geven (punt 78). In de vierde plaats, tot slot, kan gelijke behandeling in afwezigheid van nieuwe wetgeving alleen worden gerealiseerd door personen uit de benadeelde groep dezelfde voordelen te geven als personen uit de bevoordeelde groep (punt 79-81). Voor de *Cresco Investigation*-zaak betekent dit dat, totdat de wetgeving is aangepast, werknemers die geen lid zijn van de in de

ARG genoemde kerkgenootschappen recht hebben op een vrije dag op Goede Vrijdag, mits zij hun werkgever voorafgaand aan die dag hebben laten weten van dit recht gebruik te willen maken.

12. Het is opvallend dat het Hof in *Cresco Investigation* slechts eenmaal de recente uitspraak in de zaak *Bauer* noemt (reeds aangehaald), die de vereisten voor doorwerking van het Hv in horizontale rechtsverhoudingen aanzienlijk heeft verduidelijkt. Dat richtlijnen geen directe horizontale werking hebben (punt 72) lijkt niet het meest baanbrekende punt uit die uitspraak. Eerder ging het daarin om de principiële vaststelling dat het Hv direct kan doorwerken in horizontale rechtsverhoudingen, aangezien het primair Unierecht betreft en art. 51 Hv niet uitsluit dat grondrechtelijke verplichtingen worden opgelegd aan particulieren (*Bauer*, punt 87). Het Hof verhelderde bovendien de voorwaarden waaronder Hv-bepalingen een dergelijke directe horizontale werking kunnen verkrijgen, te weten voor zover de bepalingen dwingend en onvoorwaardelijk van aard zijn. Ook in *Cresco Investigation* merkt het Hof op dat het beginsel van non-discriminatie naar godsdienst of overtuiging een dwingend karakter heeft en op zichzelf volstaat om particulieren een recht te verlenen dat in een horizontale verhouding kan worden ingeroepen. Het sluit daarmee aan bij de vereisten uit *Egenberger* (waarnaar in punt 76 wordt verwezen) die ook in *Bauer* terugkwamen. Het noemt echter niet de onvoorwaardelijkheid van de bepaling of de meer algemene standpuntbepaling over de horizontale werking van het Hv die het in *Bauer* juist had benadrukt.

13. Een verklaring voor het feit dat *Cresco Investigation* ten aanzien van de vereisten voor directe horizontale werking minder nieuwe inzichten biedt dan *Bauer*, kan worden gevonden in de materie van de zaak. Art. 21 Hv is het eerste Hv-recht waarvoor directe horizontale werking is erkend. Al voor de inwerkingtreding van het Hv bepaalde het Hof in *Mangold* dat het beginsel van non-discriminatie naar leeftijd een rechtstreekse basis kan bieden voor toetsing van nationale wetgeving (HvJ EU 22 november 2005, zaak C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, NJ 2006, 227). In *Kücükdeveci* koppelde het dit beginsel aan art. 21 Hv (HvJ EU 19 januari 2010, zaak C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, «EHRC» 2010/42 m.nt. De Mol, NJ 2010, 256, m.nt. Mok) en in *Association de Médiation Sociale (AMS)* koos het de directe ho-

izontale werking van art. 21 als referentiepunt voor de beoordeling of andere Hv-bepalingen een zelfde soort werking konden hebben (*AMS*, HvJ EU 15 januari 2014, zaak C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, «EHRC» 2014/70 m.nt. De Mol, NJ 2014, 246 m.nt. Mok). *Egenberger* bevestigt de vaststelling dat art. 21 Hv particulieren een subjectief recht kan verlenen in horizontale verhoudingen. Het Hof lijkt in *Bauer* echter een ander vertrekpunt te kiezen dan in *AMS* en *Egenberger*. Waar die twee arresten directe horizontale werking van het Hv als uitzondering benaderden, ziet het Hof in *Bauer* een dergelijke werking van het Hv als regel. Voor de werking van art. 21 leiden beide visies overigens tot dezelfde conclusie, nu over de mogelijke gebondenheid van particulieren aan het Europese non-discriminatiebeginsel geen controverse meer bestaat.

14. *Cresco Investigation* ziet dan ook met name op de gevolgen van de doorwerking van het non-discriminatiebeginsel in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. AG Bobek merkt in dit kader op dat het niet zozeer gaat om de directe horizontale werking van art. 21 Hv – de bepaling geeft zijns inziens geen zelfstandige grondslag voor een rechtsmiddel jegens de werkgever, maar biedt slechts de mogelijkheid een strijdige bepaling van nationale wetgeving buiten toepassing te laten (conclusie AG Bobek, reeds aangehaald, punt 146) en eventueel schadevergoeding te vorderen van de Staat (*idem*, punt 192). Het Hof gaat niettemin de andere kant op en stelt vast dat de doorwerking van art. 21 Hv wel degelijk verplichtingen voor werkgevers meebrengt (*Cresco Investigation*, punt 85).

15. Het Hof trekt op dit punt gedeeltelijk de in *Bauer* aangegeven lijn door. In die zaak verbond het aan de doorwerking van art. 31 lid 2 Hv niet alleen de consequentie dat strijdige Duitse wetgeving buiten toepassing moest blijven, maar ook dat een werkgever een financiële vergoeding voor niet-uitbetaalde vakantiedagen moest betalen aan de weduwe van een inmiddels overleden werknemer. Art. 31 Hv bood dus, naast een basis voor het buiten toepassing laten van wetgeving, ook toegang tot een concrete remedie. Daarbij moet worden bedacht dat Richtlijn 2003/88/EG, waarbinnen de zaak van *Bauer* werd behandeld, een helder omschreven remedie bevatte. Het verbod op directe horizontale werking van de richtlijn vormde een obstakel om die remedie gel-

dend te maken, dat werd overwonnen met een beroep op het Hv. *Cresco Investigation* is deels van andere aard: hoewel het HvJ het verbod op horizontale werking van de Richtlijn 2000/78/EG compenseert door rechtstreeks art. 21 in stelling te brengen, biedt de richtlijn in deze zaak – anders dan die in *Bauer* – geen concrete aanknopingspunten voor een tegen de werkgever in te roepen remedie. AG Bobeks aarzelingen bij het aannemen van directe horizontale werking van art. 21 Hv zijn in dit licht begrijpelijk. De meeste Hv-bepalingen geven geen specifieke remedies aan, naast het buiten toepassing laten van strijdige wetgeving (vgl. A.S. Hartkamp, *Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015 (Asser/Hartkamp 3-I), nr. 144). Het is daarom van belang de Hv-bepaling te bezien in samenhang met de mogelijke remedies waartoe zij in een privaatrechtelijke verhouding toegang kan geven (conclusie AG Bobek, reeds aangehaald, punt 149).

16. In *Cresco Investigation* is de oplossing uiteindelijk niet ingewikkeld. Wel heeft zij grote consequenties voor werkgevers, in ieder geval tot het moment dat de wetgeving wordt gewijzigd. De ongelijkheid kan worden opgeheven door verschillende groepen werknemers gelijke rechten op vrije dagen voor religieuze feesten te geven. Het Hof kiest ervoor om, gedurende de periode dat nieuwe wetgeving wordt opgesteld, alle werknemers een recht op een vrije dag toe te kennen op Goede Vrijdag, mits zij hun werkgever van tevoren hierom verzoeken. Een dergelijke 'opwaartse gelijkschakeling' heeft niettemin een prijskaartje, nu werknemers ofwel een betaalde vrije dag krijgen, ofwel aanspraak kunnen maken op een extra vergoeding. AG Bobek stelt de vraag of deze economische gevolgen bij de werkgever mogen worden gelegd en pleit voor staatsaansprakelijkheid (cf. *Francovich*, HvJ EU 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428). Het Hof, daarentegen, erkent zonder meer een recht van werknemers jegens de werkgever. Dit is opmerkelijk, aangezien de zaak – anders dan bijvoorbeeld *Achbita* (reeds aangehaald) – niet een door de werkgever gemaakt onderscheid betreft, maar een op nationale wetgeving gestoelde discriminatie (vgl. AG Bobek, reeds aangehaald, punt 187-195). Daartegenover staat dat het een (relatief geringe) uitbreiding van al bestaande wettelijke verplichtingen van werkgevers betreft en dat de financië-

le lasten, in afwachting van nieuwe wetgeving, in beginsel tijdelijk van aard zullen zijn.

17. Het meest in het oog springende aspect van dit deel van de uitspraak in *Cresco Investigation* is, dat het Hof op basis van een Hv-bepaling rechtstreeks een verplichting oplegt aan particulieren, in dit geval werkgevers. Bovendien betreft het een verplichting die als zodanig niet voortvloeit uit Richtlijn 2000/78/EG, waarbinnen de zaak zich afspeelt. Aan de ene kant kan om die reden niet zonder meer worden gezegd dat het Hof het verbod op directe horizontale werking van richtlijnen omzeilt. Het feit dat de zaak binnen de reikwijdte van de richtlijn valt 'triggert' de zelfstandige toepassing van het Hv, terwijl geen verplichtingen of remedies meer aan de richtlijn worden ontleend. Aan de andere kant bindt het Hof op deze manier wel rechtstreeks particuliere werkgevers in de lidstaten aan een nieuwe verplichting onder EU-recht. Daarmee zet het Hof een stap verder dan in bijvoorbeeld *Mangold* en *Kücükdeveci*, waarin het de oplossing aan het nationale recht overliet (Asser/Hartkamp 3-I, nr. 144). In hoeverre art. 21 en andere Hv-bepalingen een zelfstandige basis voor zulke remedies kunnen en zouden moeten bieden is een vraag die ongetwijfeld in volgende zaken aan het Hof zal worden voorgelegd.

prof. mr. J.H. Gerards  
Hoogleraar Fundamentele Rechten, Universiteit van Utrecht

prof. mr. C. Mak  
Centre for the Study of European Contract Law (CSECL), Universiteit van Amsterdam